



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 14 listopada 2016 r.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Przemysław Szelerski</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Elżbieta Gnatowska</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Ireneusz Piasecki (spr.)</i>
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 14 listopada 2016 r., w sprawie odwołania wniesionego przez Obwinioną (...) – pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt: RIO.XII.53-09/2016, którym Komisja uznała Obwinioną (...) odpowiedzialną za popełnienie z dniem 27 sierpnia 2014 r. czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z **art. 17 ust. 1b pkt 1** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych w postępowaniu o szacunkowej wartości netto 182.760,78 zł poprzez zawarcie w dniu 27 sierpnia 2014 r. z (...) umowy nr Fn.032.38.2014, na dowóz, w okresie od dnia 1 września 2014 r. do dnia 30 września 2014 r., dzieci z terenów Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015, opiewającej na kwotę netto 15 269,11 zł, czym naruszono art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.) w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 3 i art. 6a w zw. z art. 32 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawa zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą

1) uchyła zaskarżone orzeczenie w całości,

2) uniewinnia Obwinioną od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy,

2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że Uchwałą Nr III/11/14 z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie uchwalenia budżetu Gminy (...) na 2015 r. Rada Gminy (...) zaplanowała środki na dowożenie uczniów w roku szkolnym 2014/2015 w wysokości 170.000,00 zł.

W dniu 1 lipca 2014 r. pismem znak GG.4464.14.2014 wartość szacunkową zamówienia na usługę dowozu dzieci w roku szkolnym 2014/2015 ustalono na kwotę 153.283,78 zł brutto, a netto: 124.620,96 zł, co dawało równowartość 29.496,78 euro.

Obwiniona zatwierdziła w dniu 3 lipca 2014 r. wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dowóz dzieci z terenów Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015 bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: „Pzp”), jako podstawę przyjmując art. 4 pkt 8 Pzp. Wniosek określał kwotę brutto, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 153.283,78 zł. Przy ustalaniu wartości zamówienia przyjęto stawkę podatku VAT w nieprawidłowej wysokości, tj. 23%, zamiast wynikającej z ustawy z dnia 11 marca 2004 r.

o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r., Nr 177 poz. 1054 z późn. zm.) właściwej stawki podatku na usługi transportowe w wysokości 8% .

Zapytanie ofertowe zamieszczono na stronie internetowej Gminy w dniu 29 lipca 2014 r. W terminie do dnia 7 sierpnia 2014 r. do godz. 12:00 wpłynęły dwie oferty. Nie wybrano żadnej oferty, ponieważ ich kwoty przekraczały kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na ww. zadanie.

W dniu 8 sierpnia 2014 r. Obwiniona zatwierdziła kolejny wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na ww. zadanie bez stosowania Pzp, przyjmując tę samą, co uprzednio kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 153.283,78 zł. brutto, wyliczoną przy ponownym zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 23%. W tym samym dniu zamieszczono na stronie internetowej informację o zamiarze udzielenia zamówienia na to zadanie oraz przesłano zapytanie ofertowe do trzech wykonawców. W terminie do 18 sierpnia 2014 r. do godz. 12:00 wpłynęły dwie oferty od tych samych, co poprzednio wykonawców, które również przekraczały kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na to zadanie. Z uwagi na powyższe ponownie nie dokonano wyboru wykonawcy, co potwierdza protokół z wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia 2014 r.

W dniu 19 sierpnia 2014 r. Obwiniona zaakceptowała wniosek o wyrażenie zgody na zawarcie umowy na realizację usługi pn.: „Dowóz dzieci z terenu Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015” w dniach od 1 do 30 września 2014 r. z pominięciem Pzp (k.31). W tym samym dniu, tj. 19 sierpnia 2014 r. zatwierdziła sporządzony z tą datą wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dowóz dzieci z terenu Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015 w trybie przetargu nieograniczonego, z terminem realizacji od dnia 1 października 2014 r. do dnia 30 czerwca 2015 r., w którym ustalono wartość zamówienia, przy zastosowaniu właściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%, na kwotę 182.760,78 zł netto, co po przeliczeniu na euro dało kwotę 43.258,01 euro.

W dniu 27 sierpnia 2014 r. Obwiniona działając w imieniu Gminy zawarła, w trybie poza Pzp, z firmą (...) umowę Nr Fn.032.38.2014 na wykonanie zamówienia pn.: „Dowóz dzieci z terenu Gminy do szkół w roku szkolnym 2014/2015”, w której termin wykonania przedmiotu zamówienia ustalono na okres od 1 do 30 września 2014 r., zaś szacunkową wartość umowy za objęty nią zakres usług określono na kwotę 16.490,64 zł brutto. Jako podstawę prawną zawarcia umowy z pominięciem trybu przetargowego wskazano art. 4 pkt. 8 w związku z art. 6a Pzp. Również w dniu 27 sierpnia 2014 r. komisja przetargowa sporządziła protokół z posiedzenia dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dowóz dzieci z terenu Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015”, z którego wynikało, że ofertę złożyła tylko jedna firma, którą komisja wybrała. W wyniku powyższego w dniu 17 września 2014 r. Obwiniona reprezentująca, jako Wójt Gminę (...) zawarła umowę Nr Fn.272.6.2014 na świadczenie usług dowozu dzieci z terenu Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015 w pozostałych miesiącach roku szkolnego, tj. od 1 października 2014 do 30 czerwca 2015 r., z wykonawcą wyłonionym w drodze przetargu nieograniczonego, tj. z firmą (...), za wynagrodzeniem w kwocie 16.997,89 zł brutto miesięcznie, tj. za cały okres 152.981,01 zł brutto.

W uzasadnieniu wydanego orzeczenia RKO wskazała, że przy orzekaniu zastosowała przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: „ustawą”), ustawy z dnia o finansach publicznych oraz Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania, ponieważ przepisy obowiązujące w czasie popełnienia czynów nie były względniejsze dla Obwinionej.

Zgodnie z art. 6a Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równoważąc kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

W ocenie RKO, podstawową przesłanką, warunkującą dopuszczalność zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 6a Pzp, jest ustalenie, iż dokonanie podziału zamówienia na części i zastosowanie do tak wyodrębnionej części art. 6a Pzp, nie jest dokonywane w celu uniknięcia stosowania Pzp, lecz jest podyktowane obiektywnymi przyczynami uzasadniającymi zastosowanie takiego rozwiązania, które wynikają z wcześniejszego planowania zamawiającego.

Ponadto zgodnie z brzmieniem ww. przepisu art. 6a Pzp, może on być zastosowany do zamówień udzielanych w częściach. Jedną z przesłanek niezbędnych do ustalenia możliwości przypisania odpowiedzialności Obwinionej w przedmiotowej sprawie, było zatem ustalenie, czy postępowanie będące przedmiotem rozważań, zaplanowane było do udzielania w częściach.

RKO uznała, że przedmiotowe zamówienie na etapie jego planowania i przygotowywania, który rozpoczął się najpóźniej w dniu 1 lipca 2014 r., kiedy to podjęto przygotowania do ogłoszenia pierwszego postępowania na udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie było planowane do udzielenia w częściach, lecz jako jedno niepodzielne zamówienie, obejmujące świadczenie przez wykonawcę usług dowozu w okresie całego roku szkolnego 2014/2015.

Postępowanie ogłoszone dnia 29 lipca 2014 r. w trybie pozaprzetargowym, na wartość szacunkową zamówienia w kwocie 153.283,78 zł brutto, a netto: 124.620,96 zł (tj. 29.496,78 euro), zakończyło się niepowodzeniem, z uwagi na fakt, iż cena każdej z dwóch złożonych ofert, przewyższała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie tego zamówienia. Tak samo zakończyło się kolejne postępowanie, ogłoszone przez Gminę ponownie w trybie pozaprzetargowym dnia 8 sierpnia 2014 r., przewidujące identyczne jak wcześniej szacunkowe wartości zamówienia netto i brutto. RKO wskazała, że oba powyższe postępowania obarczone były błędem, polegającym na zastosowaniu przez zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 23%, zamiast stawki podatku VAT dotyczącej usług transportowych w wysokości 8%. Zastosowanie błędnej stawki podatku VAT skutkowało ustaleniem niższej kwoty netto zamówienia, niż wynikałoby z zastosowania właściwej stawki podatkowej (124.620,96 zł netto, zamiast prawidłowo: 141.929,42 zł netto), co powodowało zaniżenie wynagrodzenia należnego potencjalnemu wykonawcy, a tym samym przekładało się zdaniem Komisji na zgłoszenie w obu postępowaniach ofert przekraczających wartość zamówienia, jaką zamawiający przewidział na udzielenie zamówienia. Powyższy błąd zamawiającego miał rozstrzygające znaczenie dla nieprzekroczenia przez szacowaną wartość zamówienia wartości progowej, obligującej do stosowania Pzp. Zastosowanie przy ustalaniu szacunkowej wartości

zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 8% powodowałyby, bowiem ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na poziomie kwoty 141.929,42 zł netto, co po przeliczeniu na euro według obowiązującego kursu dawałoby kwotę 33.593 euro, obligującą do stosowania przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia właściwego trybu przewidzianego Pzp, tj. w tym przypadku przetargu nieograniczonego.

Pierwsze ze wskazanych powyżej postępowań na przedmiotowe zamówienia ogłoszone zostało dnia 29 lipca 2014 r., a zatem około 3 miesiące po dniu wejścia w życie dnia 16 kwietnia 2014 r. nowelizacji Pzp, podnoszącej próg obligujący do stosowania Pzp z kwoty 14.000 euro do kwoty 30.000 euro.

Opisany powyżej dwukrotny błąd w oszacowaniu wartości zamówienia, polegający na zastosowaniu przez Gminę w przedmiotowych postępowaniach niewłaściwej stawki podatku VAT od usług transportowych, budził - w ocenie RKO - wątpliwości w świetle faktu, że jak zeznała Obwiniona na rozprawie, w latach poprzedzających rok 2014 Gmina (...) regularnie ogłaszała zamówienia na dowóz dzieci do szkół, co zawsze następowało w trybie przetargu nieograniczonego. Obowiązujące w zakresie usług transportowych stawki podatku VAT powinny być tym samym Obwinionej, jak i wieloletnim pracownikom gminy, dobrze znane.

W ocenie RKO dokonanie podziału zamówienia na części nie było wcześniej planowane przez Gminę, ani też nie było uzasadnione obiektywnymi przyczynami o charakterze gospodarczym, technicznym, organizacyjnym bądź finansowym, lecz nastąpiło jedynie w celu „ratowania” zaistniałej sytuacji, polegającej na konieczności zapewnienia od dnia 1 września 2014 r. usług dowozu dzieci do szkół, przy jednoczesnym braku wystarczającej ilości czasu na przeprowadzenie do tego terminu pełnej procedury przetargowej, a spowodowanej wadliwym przeprowadzeniem przez Gminę poprzednich postępowań na udzielenie przedmiotowego zamówienia, obejmującego całość usług dowozu dzieci w roku szkolnym 2014/2015.

Opisany powyżej sposób działania Obwinionej i dokonanie podziału zamówienia na części, przy zastosowaniu do części zamówienia art. 6a Pzp, nie zostały, zatem poprzedzone dokonaniem prawidłowego zaplanowania i określenia pełnego zakresu przedmiotowego zamówienia przy jednoczesnym poszanowaniu zasady należytej staranności i przepisów odnoszących się do zasad szacowania wartości zamówień publicznych. RKO uznała, że dokonanie przez Gminę podziału przedmiotowego zamówienia na części, zaakceptowane przez Obwinioną w dniu 19 sierpnia 2014 r., dokonane zostało w celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp do wydzielonej części, obejmującej świadczenie usług w miesiącu wrześniu 2014 r., czego zakazuje art. 32 ust. 2 Pzp. Tym samym - według RKO - Gmina (...) nie była uprawniona do zastosowania regulacji z art. 6 a Pzp. W konsekwencji należy - zdaniem Komisji I instancji - przyjąć, iż zawarcie w dniu 27 sierpnia 2014 r. z (...) umowy nr Fn.032.38.2014 stanowiło udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Powyzsze dzialanie wyczerpuje znamiona czynu z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy, w mysl ktorego naruszeniem dyscypliny finansow publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Stanowi jednocześnie naruszenie jednej z podstawowych reguł gospodarowania środkami publicznymi, wynikającej z art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, sprowadzającej się

do nakazu, by jednostki sektora finansów publicznych zawierały umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych (o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej). Także z art. 7 ust. 3 Pzp wynika obowiązek udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

RKO wywiodła odpowiedzialność Obwinionej z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy. W myśl tego przepisu odpowiedzialności podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiada kierownik jednostki zamawiającej, czyli w przedmiotowym przypadku Obwiniona. Odpowiedzialność Obwinionej, jako kierownika jednostki wynika również z art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, zgodnie, z którym kierownik jednostki jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej jednostki.

RKO uznała, iż Obwiniona, udzielając zamówienia publicznego na podstawie umowy nr Fn.032.38.2014 zawartej w dniu 27 sierpnia 2014 r. na dowóz, w okresie od dnia 1 września 2014 r. do dnia 30 września 2014 r., dzieci z terenów Gminy (...) do szkół w roku szkolnym 2014/2015, opiewającej na kwotę netto 15 269,11 zł, udzieliła zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, naruszając art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 3 i art. 32 ust. 2 i 4 Pzp, popełniając czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy. RKO stwierdziła, że Obwinionej można przypisać odpowiedzialność za popełniony czyn z art. 17 ust. 1 b pkt 1 ustawy.

Zdaniem RKO, Obwiniona miała możliwość postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i udzielenia przedmiotowego zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, tj. w trybie przetargu nieograniczonego obejmującego całość przedmiotowego zamówienia na świadczenie usług dowozu dzieci w roku szkolnym 2014/2015, tj. od dnia 1 września 2014 r do 30 czerwca 2015 r. Obwiniona na rozprawie podnosiła, że weryfikowała wartość zamówień szacowanych przez pracownika gminy i przedkładanych jej do akceptacji. Pomimo powyższego nie naprawiła jednak błędu w oszacowaniu wartości zamówienia ustalonego dla postępowań ogłoszonych w lipcu i sierpniu 2014 r., polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Od Obwinionej, działającej, jako kierownik jednostki samorządu terytorialnego, wymagane jest dołożenie podwyższonej staranności przy wykonywaniu obowiązków i kierowaniu jednostką. Brak zweryfikowania i naprawienia tak rażących błędów popełnionych przy szacowaniu wartości zamówienia, jak zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT, pomimo faktu wieloletniego sprawowania funkcji przez Obwinioną i uprzedniego wielokrotnego wyłaniania wykonawców usług dowozu dzieci do szkół w latach poprzednich, przy zastosowaniu prawidłowych stawek podatkowych, jak założyć należy w świetle pozytywnie zakończonych kontroli tych postępowań przez organy NIK i RIO, stanowi o niedołożeniu przez Obwinioną należytej staranności przy wykonywaniu swoich obowiązków i jako takie nie znalazło, w ocenie Komisji I instancji - usprawiedliwienia. Odpowiedzialność za wadliwość postępowań ogłaszanych w przedmiotowej sprawie przypisać należało Obwinionej, jako kierownikowi jednostki i zamawiającego. Obwiniona powinna samodzielnie zweryfikować prawidłowość oszacowania wartości zamówienia, jak również zasadność dokonania podziału zamówienia na części i zastosowania regulacji art. 6a Pzp, gdyż to na niej, jako kierowniku zamawiającego,

ciężyla zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnoszony przez Obwinioną fakt działania pod presją czasu i konieczności zapewnienia dowozu dzieci do szkół od 1 września 2014 r. nie stanowi, jak wykazano powyżej, uzasadnienia dla dokonania podziału zamówienia na części i zastosowania do tak wydzielonej części regulacji art. 6a Pzp. Również zawierzenie pracownikom jednostki, jak też radcy prawnemu, nie może wyłączać odpowiedzialności Obwinionej. Powyższe zostało jednakże uwzględnione przez Komisję Orzekającą I instancji, jako okoliczności łagodzące przy wymiarze kary.

Bierna postawa Obwinionej w powyższym zakresie przełożyła się, zdaniem RKO, na brak odpowiedniego zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 19 ust. 2 ustawy - odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Zgodnie z obowiązującymi przepisami normującymi odpowiedzialność za naruszenia dyscypliny finansów publicznych, warunkiem przypisania winy jest niedołożenie staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. O winie można, zatem mówić wówczas, gdy możliwe jest wykazanie obwinionemu, że nie zastosował się do normy prawnej, choć miał obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z tą normą.

RKO - na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz opisanych powyżej ustalonych okoliczności faktycznych sprawy - stwierdziła, iż nie wystąpiły przesłanki z art. 19 ust. 2 ustawy uniemożliwiające Obwinionej podjęcie działań związanych z prawidłowym przygotowaniem i przeprowadzeniem przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Obwiniona nie dokonała weryfikacji prawidłowości oszacowania wartości zamówienia w postępowaniach ogłoszonych w lipcu i sierpniu 2014 r., co mogłoby pozwolić na uniknięcie przedmiotowych naruszeń Pzp oraz dyscypliny finansów publicznych.

RKO podkreśliła, że od osoby podejmującej się pełnienia funkcji kierownika jednostki sektora finansów publicznych, wymaga się dołożenia podwyższonej staranności przy kierowaniu jednostką. Utrwalony jest przy tym pogląd, że odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wyłącza brak kwalifikacji lub niepełne kwalifikacje osoby, która podejmuje się pełnienia funkcji w ramach jednostek sektora finansów publicznych (podobnie Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 22 stycznia 2009r. znak BDF/4900/86/73/08/757). Obwiniona, jako kierownik zamawiającego, była, zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jako Wójt winna była znać przepisy regulujące zasady obowiązujące przy szacowaniu wartości, przygotowywaniu i udzielaniu zamówień publicznych. Przytoczone w wyjaśnieniach przez Obwinioną okoliczności i uwarunkowania towarzyszące popełnieniu naruszeń, w tym w szczególności dokonanie pod presją czasu niewłaściwej analizy zapisów Pzp, zawierzenie pracownikom oraz radcy prawnemu, z którymi konsultowała przedmiotowy sposób postępowania, jak również pozytywna opinia o sposobie wywiązywania się z obowiązków służbowych

wystawiona Obwinionej przez Radę Gminy w (...), zostały wzięte pod uwagę przez RKO przy wymiarze kary. Biorąc pod uwagę opisane powyżej okoliczności sprawy, Komisja Orzekająca I instancji dokonała złagodzenia wymiaru kary, wnioskowanego w stosunku do Obwinionej przez Zastępcę Rzecznika, uznając, iż zachodzą warunki do złagodzenia wymiaru kary, przewidziane w art. 36 ust. 1 i 2 ustawy. Komisja uwzględniła również fakt dotychczasowej niekaralności Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uwzględniając powyższe Komisja wymierzyła Obwinionej za przypisany Jej czyn najniższą z kar przewidzianą w katalogu określonym w art. 31 ust.1 ustawy, tj. karę upomnienia i orzekła o kosztach postępowania w myśl art. 167 ust. 1 ustawy.

Odwołanie od ww. orzeczenia, datowane na dzień 7 lipca 2016 r., złożyła Obwiniona, wnosząc o uchylenie orzeczenia w całości oraz o uniewinnienie.

Obwiniona zarzuciła RKO nieprawidłową interpretację podstaw prawnych zarzuczonego czynu. Wskazała, że z literalnego brzmienia art. 6a Pzp. wynika, iż postępowanie dotyczące tej części jest zwolnione ze stosowania procedur Pzp (art. 4 pkt 8) przy czym nie można zapomnieć o normie z art. 32 ust 2 Pzp. Podstawowe znaczenie przy interpretacji przesłanek do zastosowania art. 6a ma fakt, aby podział zamówienia na części był obiektywnie uzasadniony, co oznacza, że jedynym celem podziału zamówienia na części nie może być uzyskanie części zamówienia poniżej progu bagatelności. Zdaniem Obwinionej, RKO nie uwzględniła przesłanek obiektywnych a uznała, że „celem samym w sobie” był podział zamówienia.

Składająca odwołanie wskazała, że warunkiem przypisania komuś odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest wykazanie, że popełnił czyn umyślnie lub nieumyślnie a więc w sposób zawiniony. Z uzasadnienia orzeczenia RKO wynika, że Obwiniona w sposób umyślny popełniła zarzucany jej czyn, czyli przypisano jej świadome i celowe unikanie zastosowania zamówień publicznych. Jednak, w ocenie składającej odwołanie, materiał dowodowy zebrany w sprawie nie wykazał jej celowego działania. Stwierdziła, iż dokonała należytej staranności przy szacowaniu i dzieleniu zamówienia w trybie art. 6a.

W ocenie Obwinionej RKO nieprawidłowo uznała, że w przedmiotowej sprawie definicja zamówienia publicznego, wyrażona w art. 2 pkt 13 Pzp, nie ma zastosowania. Właśnie cały ciężar tej sprawy oparty jest o tę definicję, ponieważ czyn z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy dotyczy udzielenia zamówienia publicznego. Dwa postępowania do 30 tys. euro obarczone złe wyliczonym VAT, to oddzielne i zamknięte postępowania. A postępowanie wszczęte w trybie art. 6a jest kolejnym, prawidłowo przeprowadzonym, postępowaniem. Definicja niedozwolonego podziału zaprezentowana przez RKO (str. 19) ma zastosowanie ale tylko co do każdego z tych postępowań oddzielnie. Nadto, postępowanie przez RKO ma charakter quasi karny co oznacza, iż nie można rozszerzać wykładni czy definicji na użytek takiego postępowania.

Błędna jest także - zdaniem składającej odwołanie - ocena RKO co do faktu, iż Obwiniona nie planowała z wyprzedzeniem udzielania zamówienia w częściach. Jej zdaniem nieprawdziwe jest także stwierdzenie, że Obwiniona wykazała bierną postawę co do kwestii weryfikacji dokumentów przedkładanych przez pracowników.

Rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: „GKO”), z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pani Anny Rotter, odbyła się w dniu 14 listopada 2016 r. GKO po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego i odwołania oraz po wysłuchaniu Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, która wносиła o utrzymanie w mocy orzeczenia i oddalenie odwołania, uznała, że odwołanie na uwzględnienie jednak zasługuje i należy Panią (...) uniewinnić od przypisanego jej czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W szczególności GKO zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO, kierując się normą art. 24 ust. 1 ustawy, dokonała analizy prawa międzyczasowego obowiązującego w przedmiotowej sprawie w okresie od czasu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych do czasu orzekania przed GKO. Analiza ta prowadzi do wniosku, że należy zastosować prawo obowiązujące w czasie orzekania przed GKO, gdyż normy prawne obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia nie są względniejsze dla sprawcy.

Ustalony przez RKO stan faktyczny sprawy nie budzi wątpliwości GKO, dlatego też został bez zastrzeżeń przyjęty w postępowaniu przed organem orzekającym II instancji. Natomiast dokonana przez RKO analiza stanu prawnego, tak w zakresie naruszonych przepisów prawa materialnego, jak i naruszonych przepisów ustawy odnoszących się do znamion czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust.1 b pkt 1 ustawy – jest niepoprawna.

GKO odnosząc się do szczegółowej argumentacji podniesionej przez Obwinioną w odwołaniu uznała że:

- przesłanka zastosowania art. 6a Pzp, czyli podział zamówienia na części był obiektywnie uzasadniony co oznacza, że celem podziału zamówienia na części nie było uzyskanie części zamówienia poniżej progu bagatelności a doprowadzenie w krótkim czasie pomiędzy dniem 19 sierpnia 2014 r. a 1 września 2014 r. do wyłonienia usługodawcy na przewóz uczniów w roku szkolnym 2014/2015,
- szacowanie wartości zamówienia dokonane w dniu 19 sierpnia 2014 r. jest prawidłowe a tym samym jest prawidłowa podstawa do zastosowania art. 6a Pzp bo kwota 15 269,11 zł (zamówienie od 1 września do 30 września 2014 r.) wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia (netto 182 760,78 zł),
- kwota 15 269,11 zł wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia i tym samym Obwiniona jako zamawiający mogła zastosować art. 4 pkt 8 w związku z art. 6a i art. 32 ust. 4 Pzp,
- zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych i przypisanie tego byłoby możliwe Obwinionej, gdyby podzieliła zamówienie wyłącznie i tylko w celu uniknięcia stosowania Pzp a materiał dowodowy zebrany w tej sprawie wykazał, że było to jej celem,

- na marginesie należy zauważyć, iż aktualnie dokonana nowelizacja zamówień publicznych (wdrożenie dyrektywy 2014/24/ UE) wręcz zachęca do dzielenia zamówienia na części, a fakt niedokonania podziału zamówienia podlega uzasadnieniu przez zamawiającego.

Przepis art. 6a Pzp może być wygodnym instrumentem upraszczania procedur postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Może on umożliwiać szybką realizację zamówień w sytuacjach niedających się przewidzieć, np. gdy nie powiedzie się wyłonienie wykonawcy dużego zamówienia, a niezbędne jest zabezpieczenie koniecznej potrzeby zamawiającego, na czas prowadzenia kolejnego postępowania i udzielenia docelowego zamówienia. Jeżeli prowadzone postępowanie nie doprowadzi do wyłonienia wykonawcy na kolejny okres, a poprzednia umowa wygasła, zamawiający może na podstawie art. 6a wyodrębnić z całości udzielanego zamówienia część tego zamówienia, która zostanie udzielona na podstawie procedury ustalonej zgodnie z wartością tej wyodrębnionej części (nawet poniżej progu stosowania Pzp). Takie działanie jest zgodne z art. 6a Pzp i dyrektywą, nawet jeżeli bywa kwestionowane przez organy kontroli. Instytucje kontrolne mogą powoływać się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, która może budzić wątpliwości. Wskazano w niej, że art. 6a stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 32 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. W przypadku, gdy wartość części zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w art. 4 pkt 8 Pzp (oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów Pzp na podstawie art. 4 pkt 8 Pzp. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstępianiem od stosowania Pzp, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne, a w szczególności art. 32 ust 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/stosowanie-art.-6a-ustawy-pzp>). Jakkolwiek opinia odwołuje się do brzmienia przepisu sprzed ostatniej nowelizacji Pzp, to pozostaje aktualna, gdyż w zakresie pojęcia „wybieranie sposobu obliczania wartości zamówienia” mieści się też jego podział (patrz art. 5 ust. 3 dyrektywy klasycznej).

W ocenie GKO, podział zamówienia w sposób, jaki dopuszcza inna norma prawna, nie powinien być uznawany za bezprawny. Preambuła do dyrektywy klasycznej w motywie 78 ust. 2 stanowi wprost: „*Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odnośnymi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy (...)*”. Nie powinno być przeszkód, aby takie myślenie przenieść na poziom stosowania bądź wyłączenia ze stosowania przepisów krajowych do udzielania wydzielonych części zamówienia.

Zamawiający nie może podzielić zamówienia, żeby uniknąć stosowania Pzp. Nie powinno być kwestionowane to, że może je podzielić w celu skorzystania z art. 6a, który jest odpowiednikiem art. 5 ust. 1a dyrektywy klasycznej. Stanowi ona wprost w tym przepisie

o możliwości udzielenia wyodrębnionych części zamówienia bez stosowania procedur przewidzianych w dyrektywie, w sytuacji spełnienia warunku maksymalnej wartości wydzielonych części i procentowego stosunku tej wartości do łącznej wartości całego zamówienia. Trzeba także pamiętać, że w art. 5 ust. 3 dyrektywy klasycznej, który jest wzorem dla odpowiedniej normy, tj. art. 32 ust. 2 Pzp, wskazuje się, że zamówienie nie może być dzielone w przypadku, gdy skutkowałoby to nieobjęciem go zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Mimo, że ustawodawca polski w art. 32 ust. 2 Pzp nie powtarza wprost zapisów dyrektywy, UZP i instytucje kontrolne nie powinny interpretować przepisów Pzp bardziej rygorystycznie. Oczywiście wskazane przepisy dyrektywy dotyczą zamówień, które ze względu na swoją wartość objęte są „unijnymi progami”, jednak zawarta w tych przepisach reguła oraz sposób interpretacji powinny być analogiczne dla zamówień krajowych.

W rozpoznawanej przez GKO sprawie można było z zamówienia o łącznej wartości 182 760,78 zł wyodrębnić zamówienie o wartości 15 269,11 zł i udzielić go bez stosowania Pzp, a do pozostałej części zamówienia zastosować Pzp. Nie ma podstaw do stawiania zarzutu nieuprawnionego podziału zamówienia, ponieważ kumulatywnie zastosowano art. 32 ust. 4 i art. 6a Pzp (bez znaczenia jest to, czy wcześniej to planowano czy nie – konieczność podziału może powstać w ciągu roku, na skutek nowych okoliczności tak, jak w Gminie (...) w 2014 r.).

W konkluzji GKO stwierdza, że – przy zastosowaniu wyżej opisanej interpretacji – w rozpoznawanej sprawie nie naruszono art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1, art. 7 ust. 3 i art. 6a w zw. z art. 32 ust. 2 i 4 Pzp i tym samym w zarzucanym czynnie brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Mając na uwadze powyższe GKO - uwzględniając art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy – orzekła, jak w sentencji orzeczenia.